

Granice ispitivanja zakonitosti odluke naručitelja u žalbenom stadiju javnonabavnog postupka

Ivan Šprajc*

UDK 35.073.53

Pregledni znanstveni rad (review scientific paper)

Primljeno 12. 10. 2006.

Prihvaćeno 27. 11. 2006.

Predmet rada je analiza granica unutar kojih se ima ispiti-
vati odluka naručitelja u žalbenom stadiju javnonabavnog
postupka. Autor analizira dijametralno suprotstavljena sta-
jališta Državne komisije za kontrolu postupaka javne naba-
ve, s jedne, odnosno Upravnog suda RH, s druge strane.
Stajališta tih tijela promatraju se kroz perspektivu relevan-
tnih odredbi Zakona o općem upravnom postupku kao i
dominantnih stajališta doktrine upravnog prava. Naposljet-
ku, predlažu se promjene *de lege lata* i *de lege ferenda* uz
odgovarajući prikaz usporednog prava.

Ključne riječi: postupak javne nabave, žalbeni stadij, odlu-
ka naručitelja, Zakon o javnoj nabavi (ZOJN), Zakon o op-
ćem upravnom postupku (ZUP)

*Mr. sc. Ivan Šprajc, Zagreb

I. Uvod: postavljanje problema

U ne tako dugom vijeku djelovanja Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave (dalje: Državna komisija ili DK) iskristaliziralo se više pravnih problema za koje to tijelo ni do danas nije pronašlo zadovoljavajuća rješenja.¹ Neriješeni pravni problemi u tako delikatnim pravnim postupcima nisu uopće poželjni, to manje kad se uoči važnost položaja koji Državna komisija zauzima u javnonabavnim postupcima odnosno posljedice korištenja ovlasti koje su povjerene Državnoj komisiji. Naime, Državna je komisija tijelo kojem je povjerena ovlast instancijskog odlučivanja o zakonitosti provedenog postupka javne nabave te odgovarajućih odluka naručitelja.² Važnost tih postupaka i odluka za cjelokupnu društvenu zajednicu, a osobito za njezino gospodarstvo, traži povećanu pozornost naspram nastalih pravnih problema kao i njihovo što hitrije rješavanje.³ U postupcima kojih svaki dan trajanja ima vrlo visoku cijenu za svakog od sudionika naprosto ne postoji opravdanje za nerješavanje, a još manje za toleriranje pravno upitnih situacija.

Jedna od takvih situacija jest i predmet našeg teksta. Riječ je o pitanju koje se u više navrata pojavilo pred svim forumima ovlaštenim da odlučuju o zakonitosti javnonabavnih postupaka, točnije pred DK-om odnosno Upravnim sudom RH. To pitanje može se formulirati na sljedeći način – *postoje li i koje su granice ispitivanja zakonitosti odluke naručitelja u žalbenom stadiju javnonabavnog postupka? Ako je odgovor na prethodno pitanje (zapravo pitanja) potvrđan, tada se pita sljedeće: u kojem pravnom izvoru nalazimo norme koje pružaju oslonac za potvrđan odgovor*

¹ Državna komisija započela je s radom 21. studenoga 2003. kad je Vlada RH odlukom dala suglasnost na Statut DK-a u skladu s čl. 12, st. 4. Zakona o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave (NN 117/03; dalje: ZODK).

² Pravnu osnovu djelovanja komisije čini ZODK kao i Zakon o javnoj nabavi (v. bilješku 6 ovog rada). Glede faktične osnove djelovanja DK-a preporučuje godišnji izvještaj (za 2004.) koji je to tijelo podnijelo Hrvatskome saboru. Taj se izvještaj nalazi se na web-stranici Sabora: www.sabor.hr. Prihvaćen je na 19. sjednici Hrvatskoga sabora u postojećem saživu. Kritički o Zakonu o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave v. I. Šprajc, Prigovor i žalba kao sredstva pravne zaštite u postupcima javne nabave, u: Djelokrug jedinica lokalne samouprave, Novi informator, Zagreb, 2003, str. 57–60.

³ O važnosti javnih nabava i posljedicama (ne)pravilno provedenih postupaka v. detaljnije u: D. Medvedović – I. Šprajc, Postupak javnih nabavki i pravna zaštita sudionika, Pravo u gospodarstvu, br. 4/2003, str. 164–165 odnosno 181–182.

na prethodno postavljeno pitanje? Kao naličje prvopostavljenih pitanja, jasno je, zapravo se propituju granice ovlasti Državne komisije kad kao instancijsko tijelo u postupku javne nabave ispituje zakonitost odluke naručitelja.

Stanoviti broj rješenja DK-a odnosno presuda Upravnog suda RH posvećeno je tom pitanju. Sa žaljenjem moramo ustanoviti da su se pravna shvaćanja DK-a odnosno Upravnog suda RH u tom smislu znatno razlikovala. Kao posljedica toga tek je Zakonom zasnovana nadređenost položaja Upravnog suda RH naspram onog Državne komisije dovela do razrješenja rečene pravne komplikacije. Ipak, već poslovična škrtost obrazloženja upravnosudskih odluka nije u potrebnoj mjeri zahvatila i detaljnije objasnila uzroke i posljedice pitanja koje je i nastalo upravo zbog neslaganja pravnih shvaćanja DK-a i Upravnog suda RH. Osim toga, Državna je komisija počela izdavati rješenja kroz koja diskvalificira pravna shvaćanja Upravnog suda RH izražena u njegovim pravomoćnim presudama, što obećava dodatne komplikacije u obliku novih postupaka (pred DK-om odnosno Upravnim sudom RH) te ne čini izglednim konačno te zadovoljavajuće rješenje postavljenog problema.

S obzirom na krucijalnu važnost postavljenog pitanja u okvirima pravne doktrine koja zahtijeva precizno i logički besprijeckorno argumentiranje rješenja svakog, a osobito tako značajnog, problema, ali pri tome ne ispuštajući iz vida važnost i brojnost posljedica koje rješenje tog problema ima za raznovrsne i sve odreda konkretne interese (primarno gospodarske) svih uključenih aktera, u tekstu koji slijedi najprije ćemo razmotriti i evaluirati stajališta DK-a i Upravnog suda RH (poglavlje II). Nakon toga, analizirat ćemo relevantne odredbe ZUP-a kao supsidijarno primjenjive postupovne kodifikacije u postupcima javnih nabava uz prikaz relevantne upravnosudske prakse te stajališta doktrine upravnog prava (poglavlje III). U nastavku rada razmotrit ćemo uzroke po našem mišljenju pogrešnog postupanja DK-a te upozoriti na moguće smjerove upravnosudskog saniranja takvog postupanja (poglavlje IV). Konačno, predložit ćemo i moguće načine postupanja pri sadašnjem stanju teksta ZOJN-a odnosno mogućnosti zakonodavne intervencije koja bi, utemeljena na uvidu u usporedno pravo, mogla poboljšati postojeći zakonski tekst te tako eliminirati postojeće probleme (poglavlje V). Naposljetku, zbrojit ćemo rezultate izvršene analize u nekoliko zaključnih napomena (poglavlje VI).

II. Razrada problema; stajališta Državne komisije i Upravnog suda RH

II.a Stajalište Državne komisije

Najjasniji izraz stajališta DK-a relevantnog za ovaj rad pronašli smo u dva akta tog tijela. Vremenski raniji akt odgovor je na tužbu koju je stranka, nezadovoljna rješenjem DK-a, uložila pred Upravnim sudom RH.⁴ No, u ovom je kontekstu još bitnije stajalište – a uz to posjeduje i autoritet akta u kojem je izraženo – iz rješenja DK-a donesenog u izvršenju presude Upravnog suda RH.⁵

U oba akta Državna komisija bezrezervno smatra da je njezina instancijska ovlast neograničena. To je posljedica, stajalište je DK-a, kogenetne naravi većine odredbi Zakona o javnoj nabavi (dalje: ZOJN)⁶ što omogućuje DK-u da u žalbenom postupku proširi granice vlastita djelovanja u tolikoj mjeri da ispituje primjenu svih kogenetnih odredbi ZOJN-a koje je naručitelj u postupku javne nabave imao primjenjivati. Shodno tome, DK gotovo da i ne može prekoračiti ovlasti – te time počinuti jednu od najtežih povreda postupka – jer zato ne postoji osnovna pretpostavka: čvrsto i jasno postavljene postupovne granice unutar kojih bi se Državna komisija, u žalbenom postupku, morala kretati. Dosljedno provodeći takvo stajalište DK-a, zaključujemo da ne postoji upravo nijedna povreda propisa o javnoj nabavi koja ne bi spadala u djelokrug DK-a. Logična je to posljedica širine instancijskih ovlasti DK-a zbog maksimalnog opsega kojih ne postoji potreba posebnog propisivanja na koje će povrede relevantnih propisa DK paziti po službenoj dužnosti.

U potvrdu takvog svog stajališta Državna komisija ne navodi samo opću tezu prema formuli »kogenetnost propisa = maksimalna širina instancijskih ovlasti«, već se koristi i nekim konkretnim odredbama ZOJN-a

⁴ Odgovor na tužbu DK je uputio u upravnom sporu označenom kao Us-1683/2005-5. Odgovor je citiran u presudi iste oznake.

⁵ Rješenje u pitanju označeno je klasom UP/II-034-02/05-01/734, urbrojem 354-01/06-4 te datirano u Zagrebu 30. svibnja 2006. (dalje: Rješenje 1). Posebno je bitno naglasiti da je to rješenje doneseno u izvršenju presude Upravnog suda RH (Us-6660/2003-4 od 22. rujna 2005), kojom je poništeno prethodno rješenje nadležnog tijela zbog prekoračenja ovlasti u žalbenom stadiju javnonabavnog postupka.

⁶ Zakon o javnoj nabavi, NN 117/01, 92/05.

odnosno Zakona o općem upravnom postupku (dalje: ZUP).⁷ Prema shvaćanju DK-a, sadržaj i značenje čl. 7. i čl. 135. ZUP-a pružaju Državnoj komisiji normativno opravdanje za maksimalističko stajalište o granicama vlastitih ovlasti u žalbenom stadiju javnonabavnog postupka.⁸ Iz navoda spomenutih odredbi jasno je da čl. 7. ZUP-a utjelovljuje načelo materijalne istine, dok je čl. 135. istog propisa s jedne strane dodatna potvrda načela materijalne istine i načela saslušanja stranaka (st. 1) te istodobno s druge strane konkretizira ta načela statuiranjem dviju osnovnih postupovnih oblika koji, u upravnom postupku, mogu prethoditi donošenju rješenja – skraćenog i posebnog ispitnog postupka (st. 2). Što se tiče ZOJN-a kao normativnog temelja za izloženo shvaćanje, DK u prvi plan ističe čl. 71, st. 4. koji isključivo i jedino normira suspenzivni učinak žalbe u javnonabavnom postupku.⁹

Sumirajući stajalište DK-a o granicama ispitivanja odluke naručitelja u povodu uložene žalbe, zaključujemo da *DK gaji i djelatno primjenjuje stajalište u skladu s kojim su granice ispitivanja zakonitosti odluke naručitelja u žalbenom stadiju javnonabavnog postupka postavljene isključivo prirodom normi kojima je uređen prethodni postupak javne nabave (pod čime razumijemo sve postupovne stadije i sve postupovne radnje)*. Dakle, pri ispitivanju zakonitosti odluke naručitelja granice nisu postavljene širim žalbenog zahtjeva žalitelja (niti je to od ikakvog utjecaja na opseg ovlasti DK-a), a još manje u smjeru ograničenja ovlasti DK-a djeluju relevantne postupovne norme. Upravo suprotno od toga, *DK drži da relevantne norme – čl. 7. i čl. 135. ZUP-a, odnosno čl. 71., st. 4. ZOJN-a – pružaju dostatnu osnovu za načelno neograničene ovlasti DK-a kad isto tijelo postupa po žalbi u javnonabavnom postupku. Jedina su iznimka u tom smislu dispozitivne norme primjenjive u konkretnom postupku javne nabave,*

⁷ Zakon o općem upravnom postupku, NN 53/91, 103/96.

⁸ Čl. 7. ZUP-a glasi: »U postupku se mora utvrditi pravo stanje stvari, i u tom cilju moraju se utvrditi sve činjenice koje su od važnosti za donošenje zakonitoga i pravilnog rješenja.«

Čl. 135. ZUP-a glasi: »(1) Prije donošenja rješenja imaju se utvrditi sve činjenice i okolnosti koje su značajne za rješenje i strankama omogućiti da ostvare i zaštite svoja prava i pravne interese. (2) To se može izvršiti u skraćenom postupku ili u posebnom ispitnom postupku.«

⁹ Očitim previdom DK, u Rješenju 1, referira se na čl. 71., st. 5., iako je zapravo parafraziran sadržaj st. 4. čl. 71. ZOJN-a koji glasi: »Žalba uložena u propisanom roku i na način propisan ovim člankom zaustavlja sklapanje ugovora o nabavi za predmet nabave i za sve grupe ili dijelove predmeta nabave iz dokumentacije za nadmetanje.«

što znači da, istina *tacite*, ali ipak, DK priznaje ograničenost svojih ovlasti samo u slučaju kad su norme koje su se imale primijeniti u nekom javnonabavnom postupku dispozitivne naravi.¹⁰

Netom citirano stajalište potvrdu dobiva i u Rješenju 1 u kojem se navodi:

»Ovaj žalbeni postupak vodi se po prethodno donesenoj presudi Upravnoga suda Republike Hrvatske, oznake Us-6660/2003-4, od 22. rujna 2005. U obrazloženju iste sud priznaje navod tužitelja iz upravne tužbe, prema kojem je žalbeno tijelo rješavajući u ovome postupku prekoračilo svoje ovlasti i u žalbenom postupku poništilo dio nadmetanja i odluke na koje nije bila izjavljena žalba ... Međutim, *ovakvim odlučivanjem nije došlo do prekoračivanja ovlasti budući da su sve grupe za koje je nadmetanje provedeno dio iste pravne stvari* ... Prema odredbi članka 71, stavka 5. Zakona o javnoj nabavi, žalba uložena u propisanom roku i na način propisan ovim člankom zaustavlja sklapanje ugovora o nabavi za predmet nabave i za sve grupe ili dijelove predmeta nabave iz dokumentacije na nadmetanje. Tuženo državno tijelo je postupanjem u skladu s prethodno navedenom odredbom i načelom materijalne istine prema člancima 7. i 135. Zakona o općem upravnom postupku utvrđivalo sve činjenice odlučne za donošenje zakonitog rješenja i to u cjelokupnom predmetnom postupku nabave te je odlučilo u skladu s utvrđenjima postignutim u žalbenom postupku. Postupanje suprotno navedenim odredbama Zakona o javnoj nabavi i Zakona o općem upravnom postupku bilo bi nezakonito.« (Istaknuo autor.)

¹⁰ Vrlo uvjerljivu potvrdu tako rekonstruiranog stajališta DK-a pruža i sljedeći odlomak, autor kojega je predsjednik Državne komisije: »Kad je već jednom izjavljena žalba protiv odluke o odabiru, u postupku se po prigovoru (*sic!* – op. a.) žalitelja ali po službenoj dužnosti ispituje zakonitost cijelog postupka i radnji koje su u njemu obavljene te njihova suglasnost sa strogim odredbama ZJN-a. Tako se u postupku osim upravnog akta, koji je predmetom postupka, mogu ispitivati i one radnje/odluke koje su obavljene u predraspisnoj fazi, kao što su donošenje odluke o izboru stručnog povjerenstva, rokovi objave, postojanje i visina planiranih sredstava nabave, primjena propisa o sposobnosti ponuditelja, primjena tehničkog zakonodavstva, primjena odredaba o kriterijima odabira i dr. »Izvod potječe iz: G. Matešić, Javna nabava – zaštita prava iz javne nabave, u: M. Cvrlje – G. Horvat – G. Matešić – A. Perdić – D. Sarvan, Javna nabava, Novi informator, Zagreb, 2004., str. 45 (istaknuo autor). V. potpuno identičan odlomak istog autora ali pod nazivom: »Sustav pravne zaštite u javnoj nabavi«, u: A. Mužina – G. Matešić – T. Vesel – T. Eržen – S. Nikšić – A. Crismani – A. Duman, Pravna zaštita u postupcima javnih nabava, Državna revizijska komisija, Ljubljana, 2006, str. 87.

II.b Stajalište Upravnog suda RH

Netom izloženom stajalištu DK-a o granicama ispitivanja zakonitosti osporenih odluka u žalbenom stadiju javnonabavnog postupka suprotstavlja se, i to najizravnije moguće, stajalište Upravnog suda RH. Pri tome, Upravni sud RH polazi od pretpostavke da je ovlast DK-a u žalbenom postupku jasno propisana ZOJN-om, iako tu tvrdnju pobliže ne elaborira. Naime, u presudi Us-6660/2003 od 22. rujna 2005. kao jedan od razloga poništavanja rješenja DK-a navodi i prekoračenje ovlasti DK-a u žalbenom stadiju. Naime, upravo je taj razlog tužitelj istaknuo, kao jedan od tužbenih razloga, prilikom pokretanja upravnog spora. Posljedica je to okolnosti da je naručitelj podijelio predmet nabave u više grupa te je shodno tome, nakon provedenog javnonabavnog postupka, za svaku grupu odabrao jednog od ponuditelja. Uložena žalba odnosila se isključivo na odabir ponuditelja za jednu grupu predmeta nabave, ali je bez obzira na tu okolnost Državna komisija poništila odluku o odabiru (kao i to javno nadmetanje) i glede druge dvije, žalbom neobuhvaćene, grupe predmeta nabave. Upravni je sud RH opisano postupanje DK-a okarakterizirao nezakonitim uz sljedeće obrazloženje: *»Stoga tuženo tijelo u situaciji kada je po odbijanju prigovora izjavljena žalba samo u odnosu na jednu grupu nije moglo poništiti javno nadmetanje i za one grupe u odnosu na koje nije izjavljena žalba. S obzirom da je to tuženo tijelo učinilo, Sud ne može otkloniti prigovor tužitelja da je time prekoračio svoje ovlasti propisane odredbama Zakona o javnoj nabavi.«* (Istaknuo autor)

Pomnije elaborirano i svedeno na najbitnije netom navedeno stajalište Upravnog suda RH zasniva se na sljedećim premisama; a) ZOJN-om su jasno propisane granice ovlasti DK-a u žalbenom postupku, b) prekoračenje tih granica od strane DK-a bitna je povreda postupka za koju je obesnažene odluke DK-a (ponišćavanje) jedini adekvatni pravni odgovor.

Zanimljivo da Upravni sud RH nije izrijeком naveo normu ZOJN-a koja, prema njegovu shvaćanju, određuje granice instancijskih ovlasti DK-a pa nam ne preostaje drugo nego izvesti analizu citiranog propisa ne bismo li ustanovili na kojoj je odredbi Upravni sud RH zasnovao svoje stajalište. Detaljna analiza odredbi ZOJN-a koje reguliraju institut žalbe pokazuje da ne postoji nijedna odredba koja bi izrijeком određivala granice ispitivanja odluke naručitelja pa shodno tome u određenom dijelu i granice ovlasti DK-a u žalbenom stadiju javnonabavnog

postupka.¹¹ Po sadržaju i smislu najbliže uređenju tog pitanja – iako nikako ne i identična pa time ni izravno relevantna – jest odredba čl. 71, st. 5. ZOJN-a koja obligatorno definira minimalne potrepštine žalbe.¹² Jedna je od tih i opis nepravilnosti odnosno obrazloženje uz koji se element žalbe može očekivati da će žalitelj izjaviti u kojem opsegu pobija odluku naručitelja. Međutim, jednako tako zamisliva je – i s gledišta sadašnjeg teksta ZOJN-a potpuno prihvatljiva – žalba u kojoj takva izjava žalitelja ne postoji. Upravo stoga potrebno je analizirati norme drugih relevantnih propisa te pokušati pronaći izravno primjenjivu odredbu koja bi bila podobna razriješiti problem granica ispitivanja odluke naručitelja u žalbenom stadiju javnonabavnog postupka.

Od primarne su važnosti u tako određenom kontekstu ZODK odnosno ZUP. Vrlo kratak normativni tekst ZODK-a ne ostavlja nikakve sumnje; nijedna njegova odredba ne razrješava problem granica ispitivanja zakonitosti odluke o odabiru u žalbenom stadiju javnonabavnog postupka. Konačno, naša analiza a ujedno i potraga za rješenjem postavljenog normativnog problema koncentrira se na ZUP.

III. Analiza relevantnih odredbi ZUP-a, upravnosudske prakse te prikaz doktrinarnih stajališta

III.a Analiza relevantnih odredbi ZUP-a

Važnost ZUP-a kao propisa u rješavanju naznačenog pravnog problema jest nedvojbeni; riječ je o propisu oko kojeg se obligatorne iako supsidijarne primjene slažu svi forumi u pitanju (DK odnosno Uprav-

¹¹ Kao primjer ovovrsne odredbe v. čl. 365. Zakona o parničnom postupku (NN 53/91 do 117/03 te 88/05 – čl. 129. Zakona o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona).

¹² Navedena odredba glasi: »U žalbi je potrebno navesti: – podatke o podnositeljima žalbe, – naziv i sjedište naručitelja, – broj i datum nadmetanja i presliku, – broj i datum odluke naručitelja na koju se ulaže prigovor i evidencijski broj nabave i podatke o pozivu za nadmetanje, – opis činjeničnog stanja, – opis nepravilnosti i obrazloženje, – presliku odgovora na prigovor, ako je naručitelj odgovorio na prigovor.«

ni sud RH).¹³ Pored i povrh toga, riječ je o jedinom propisu unutar kojeg, u ovom normativnom kontekstu, možemo pronaći izravno relevantne i primjenjive norme koje će nam pomoći u rješavanju problema postavljenog na početku ovog rada. Zbog svega toga prilazimo analizi ZUP-a.

Dakako, u normativnoj konstrukciji ZUP-a našu potragu za odgovarajućom normom koncentriramo u glavi XIV. koja regulira institut žalbe (čl. 223–248). U tako određenom normativnom okviru ključnima se pokazuju odredbe čl. 241. te čl. 244. ZUP-a koje, upravo iz tog razloga, citiramo u cijelosti:

Čl. 241.

(1) Ako drugostepeni organ utvrdi da je u prvostepenom postupku učinjena nepravilnost koja čini rješenje ništavim (članak 267), proglasiti će takvo rješenje ništavim, a i onaj dio postupka koji je obavljen poslije te nepravilnosti.

(2) Ako drugostepeni organ utvrdi da je prvostepeno rješenje donio nadležni organ, poništiti će to rješenje po službenoj dužnosti i dostaviti predmet nadležnom organu na rješavanje.

Čl. 244.

(1) U cilju pravilnog rješenja stvari drugostepeni organ može u povodu žalbe izmijeniti prvostepeno rješenje u korist žalioca i mimo zahtjeva postavljenoga u žalbi, a u okviru zahtjeva postavljenoga u prvostepenom postupku, ako se time ne vrijeđa pravo druge osobe.

(2) U istom cilju drugostepeni organ može u povodu žalbe izmijeniti prvostepeno rješenje na štetu žalioca, ali samo iz kojega od razloga predviđenih u čl. 263, 266. i 267. ovog zakona.

Oba citirana članka, razvidno je *prima vista*, uređuju ovlasti drugostupanjskog organa u žalbenom stadiju upravnog postupka. Za predmet našeg rada posebno je bitna odredba čl. 244. st. 1. koja propisuje uvjete ispunjenjem kojih žalbeni organ stječe ovlast izmjene prvostupanjskog rješenja i mimo zahtjeva postavljenog u žalbi (*reformatio in melius*). Zaključujući po suprotnosti (*argumentum a contrario*), utvrđujemo

¹³ U svrhu ilustracije stajališta DK-a v. rješenje te institucije označeno klasom UP/II-034-02/06-01/19, urbrojem 354-01/06-7, datirano u Zagrebu 9. veljače 2006, u kojem se DK poziva na ZUP kao supsidijarno primjenjiv propis u žalbenom stadiju javnonabavnog postupka.

da je unutar predmetnog članka sadržano još jedno, iako izravno neizrečeno, pravilo. Ono se odnosi na granice ispitivanja prvostupanjskog rješenja u žalbenom stadiju i moglo bi se izraziti na sljedeći način: »Zakonitost žalbom osporenog rješenja drugostupanjski organ ispituje u granicama zahtjeva postavljenog u žalbi.«

Naime, na takvo pravilo upućuje sintagma iz st. 1, čl. 244. ZUP-a »... i mimo zahtjeva postavljenoga u žalbi ...« jer se na taj način označuje žalbeni zahtjev kao determinirajući faktor granica unutar kojih se ima kretati instancijski organ kad ispituje zakonitost prvostupanjskog rješenja. Slično se može zaključiti i analizom st. 2. istog članka – koji uređuje uvjete za »*reformatio in peius*«¹⁴ – jer se i ovdje polaznom točkom rješavanja žalbe smatra žalbeni zahtjev koji presudno utječe na granice ispitivanja prvostupanjskog rješenja. Tek pod strogo određenim zakonskim uvjetima dopušteno je instancijskom organu prekoračiti granice žalbenog zahtjeva, i to na štetu žalitelja. Analiza čl. 244. ZUP-a evidentno pokazuje da se žalbenim zahtjevom određuju granice ispitivanja žalbom osporenog rješenja, i to stoga što se tek ostvarenjem zakonom postavljenih uvjeta te granice mogu prijeći.

Posve istovjetan zaključak može se izvesti i analizom čl. 241. ZUP-a; naime, dotični članak regulira ovlast žalbenog organa da proglasi prvostupanjsko rješenje ništavim (st. 1) odnosno da poništi to rješenje u slučaju da ga je donio nenadležni organ (st. 2), a sve to po službenoj dužnosti. Razvidno je, dakle, da su ZUP-om statuirani normativni uvjeti pod kojima je instancijski organ ovlašten reagirati po službenoj dužnosti, a to znači neovisno o širini žalbenog zahtjeva odakle neminovno proizlazi dužnost tog organa da ostane unutar granica žalbenog zahtjeva u slučajevima kad nije došlo do ispunjenja spomenutih normativnih uvjeta za djelovanje *ex offio*. Drugačije rečeno, navođenje slučajeva u kojima će instancijski organ reagirati po službenoj dužnosti znači da je u svim ostalim slučajevima njegova reakcija ovisna o opsegu žalbenih navoda.¹⁵

¹⁴ O tom institutu v. članak I. Matovića citiran u bilješci 22 u ovom radu kao i L. Dragojlović, *Reformatio in peius* u upravnom postupku, u: *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 5–6/1975.

¹⁵ Potpuno svjesno zanemarujemo pitanja poput vezanosti instancijskog tijela za razloge navedene u žalbi jer ona, *stricto sensu*, ne ulaze u područje našeg rada. Dakako, time ne impliciramo stajalište da je riječ o nebitnim ili nezanimljivim pitanjima – upravo suprotno!

Pored čl. 241. i 244. ZUP-a pozornost nepristranog promatrača, u kontekstu postavljenog problema, privlači i čl. 232, st. 1. ZUP-a u kojem su enumerirani minimalni sadržajni elementi žalbe.¹⁶ Ključni dio citirane odredbe jest sintagma »... u kojem je pogledu nezadovoljan rješenjem ...«. Najprije se mora primijetiti relativno neprecizna dikcija odredbe kao posljedica korištenja pretežito deskriptivne umjesto normativne terminologije. Kao rezultat toga tumačenje pravog značenja odredbe (sintagme) nužno je ograničenog dometa te izravno ovisi o odabranoj interpretativnoj metodi.

Primjerice, teleološka metoda najvjerojatnije bi rečenu sintagmu tumačila tako kao da ona nužno obuhvaća i određenje opsega osporavanja rješenja, pa i bez obzira na popriličnu terminološku neodređenost. Tome nasuprot, lingvistička metoda, a zbog već spomenute terminološke nepreciznosti, sugerirala bi oprezniji pristup u okviru kojeg bi se sadržaj ključne sintagme čl. 232, st. 1. ZUP-a shvaćao vrlo ograničeno te bi se tumačilo da rečena sintagma obuhvaća tek puko navođenje jednog ili više mogućih žalbenih razloga.¹⁷ Upravo stoga, a vodeći računa o okolnosti da se tom odredbom uređuje ustavno pravo stranaka te da ekstenzivno tumačenje – tako karakteristično za teleološku metodu – zapravo znači povećanje broja obligatornih elemenata žalbe, pa time ujedno i otežanje uvjeta za realizaciju spomenutog ustavnog prava stranaka, prihvaćamo rezervirano stajalište o funkcionalnoj vrijednosti čl. 232, st. 1. ZUP-a u razrješavanju postavljenog problema. Dakle, nalazimo da analiziranu sintagmu valja tumačiti restriktivno (suženo) jer se tek takvim tumačenjem olakšava korištenje pravom žalbe te se ona čini dostupnom najširem krugu pravnih subjekata, a to odgovara dikciji predmetne ustavne norme kao i ustavnom statusu prava na žalbu.¹⁸ Drugačije rečeno, ne držimo prihvatljivim stajalište koje smatra da je u analiziranoj sintagmi iz čl. 232, st. 1. ZUP-a sadržan i zahtjev žalite-

¹⁶ Čl. 232, st. 1. ZUP-a glasi: »U žalbi se mora navesti rješenje koje se pobija, označujući naziv organa koji ga je donio te broj i datum rješenja. Dovoljno je da žalilac izloži u žalbi u kojem je pogledu nezadovoljan rješenjem, ali žalbu ne mora posebno obrazložiti.«

¹⁷ Prikazana primjena lingvističke metode, uz uvažavanje konteksta jednako kao i svrhe koja se normom želi i mora postići, naziva se još i »prosvijećenim literalizmom«. V. opširnije u: I. McLeod, *Legal method*, Palgrave MacMillan, 2005. (5. izdanje), str. 277–278.

¹⁸ Čl. 18. Ustava RH (NN 41/01 – pročišćeni tekst, 55/01 – ispravak; dalje: URH) glasi: »(1) Jamči se pravo na žalbu protiv pojedinačnih pravnih akata donesenih u postupku prvog stupnja pred sudom ili drugim ovlaštenim tijelom. (2) Pravo na žalbu može biti iznimno isključeno u slučajevima određenim zakonom ako je osigurana druga pravna zaštita.«

lju da u žalbi imperativno označi granice osporavanja prvostupanjskog rješenja.¹⁹ Međutim, ako to žalitelj učini, tada su granice osporavanja prvostupanjskog rješenja istodobno i granice koje omeđuju ovlast instancijskog tijela u ispitivanju njegove zakonitosti.

Konačno, čak i da su svi naši dosad izloženi argumenti netočni za prihvatanje zaključka o vezanosti drugostupanjskog organa granicama žalbenog zahtjeva, dostatna je i spoznaja značenja notorne činjenice da žalbenog stadija u upravnom postupku i ne može biti dok na to ovlašten subjekt ne uloži žalbu (dispozicijska maksima). Jer, ako žalbeni stadij upravnog postupka ovisi isključivo o poticaju koji u tom pogledu daje stranka nezadovoljna prvostupanjskim rješenjem (odnosno njegovim nedonošenjem)²⁰ te ako imamo na umu da je žalba ustavno pravo stranaka,²¹ tada je logično, pravno opravdano i očekivano striktno omediti granice postupanja instancijskog tijela putem zahtjeva izraženih u žalbi.²² U suprotnom, a to sada nije slučaj s uređenjem tog pitanja prema ZUP-u, žalbeni bi postupak *ex offio* mogao pokrenuti i sam instancijski organ. Stajalište poput upravo izrečenog potvrđuju upravnosudska praksa odnosno doktrina, kraći pregled kojih dajemo u nastavku rada.

¹⁹ U bitnome stajalište identično našem zastupaju i Ž. Dupelj – Z. Turčić, Komentar Zakona o općem upravnom postupku (sa sudskom praksom, primjerima, napomenama, abecednim kazalom pojmova i prilozima), Organizator, Zagreb, 2000. (dalje: Dupelj – Turčić). Naime, na str. 466 citiranog djela Dupelj – Turčić navode: »Stranka isto tako nije dužna u žalbi staviti određeni zahtjev (petit), niti ga obrazložiti. Međutim, to ne znači da stranka takav zahtjev ne može postaviti.« Drugi relevantni komentar ZUP-a, autora P. Krijana, Komentar Zakona o općem upravnom postupku, Novi informator, Zagreb, 2004. (dalje: P. Krijan, Komentar...), također dijeli slično stajalište kada navodi, na str. 330: »Dovoljno je da žalitelj izloži u žalbi što smatra da je nezakonito ili nepravilno u prvostupanjskom rješenju, odnosno s čime je nezadovoljan. Pretpostavlja se da mu je uvijek interes da uspije u žalbenom postupku, bez obzira na to je li nezadovoljan postupkom ili primjenom materijalnog propisa.«

²⁰ Normativnu mogućnost da se osim stranke i neki drugi subjekti koriste žalbom v. u čl. 223, st. 2. ZUP-a.

²¹ V. bilješku 18 u ovom radu.

²² Takvo stajalište v. u: V. Androjna, Upravni postopek in upravni spor, Časopisni zbornik Uradni list SR Slovenije, Ljubljana, 1985, str. 205. Vrlo je instruktivan sljedeći navod V. Androjne: »Pravo se realizira na podlozi samog ustava, ali do odgovarajućeg postupka dolazi isključivo u slučaju kada se onaj, kojem pravo na žalbu pripada, posluži istim pravom ...« (Preveo i istaknuo autor.) V. identično stajalište i u: I. Matović, Načelo zabrane reformacije in pejus u upravnom postupku u svjetlu upravno-sudske prakse, u: Naša zakonitost, br. 4/1972, str. 225.

III.b Pregled upravnosudske prakse i doktrine

Odgovor upravnosudske prakse na pitanje koje postavljamo u ovom dijelu našeg rada, a u normativnom kontekstu ZUP-a, nedavno je vrlo autoritativno i po našem mišljenju ispravno uobličen u presudi Us-9796/01 od 29. prosinca 2005. *Ratio* te presude nalazi se u pravnom shvaćanju Upravnog suda RH da u povodom žalbe instancijski organ ne može obesnažiti onaj dio prvostupanjskog rješenja na koji se žalba ne odnosi, već mora postupati u granicama žalbenog zahtjeva te u njima odlučiti o zakonitosti prvostupanjskog rješenja. Riječima Upravnog suda RH: »*Osnovan je prigovor tužiteljice da tuženo tijelo nije moglo poništiti onaj dio prvostupanjskog rješenja koji ona žalbom nije pobijala. Naime, Sud nalazi da je tuženo tijelo moralo postupiti u granicama žalbe i odlučiti o zakonitosti prvostupanjskog rješenja samo u dijelu u kojem je tužiteljica to rješenje pobijala žalbom.*« (Istaknuo autor.)

Dakle, nema nikakve sumnje da Upravni sud RH dijeli stajalište prema kojem je širina žalbenog zahtjeva ključni faktor za određivanje granica ispitivanja prvostupanjskog rješenja u upravnom postupku. Stoga ne čudi zauzimanje potpuno identičnog stajališta o istom pitanju postavljenom u kontekstu žalbenog stadija javnonabavnog postupka. U nastavku rada promotrit ćemo stajalište doktrine upravnog prava o tom pitanju.

Hrvatsku doktrinu, u ovom kontekstu, zastupaju autori dvaju, prethodno već citiranih, komentara ZUP-a, odnosno autoriteti poput V. Ivančevića te I. Matovića. Dupelj – Turčić ne dotiču, pa shodno tome i ne razrješavaju, tu dilemu. Tekst komentara uz relevantne članke ZUP-a (čl. 11, 241. i 244) ne otkriva, nedvosmisleno i precizno, stajalište autora o granicama koje omeđuju ovlast drugostupanjskog organa pri ispitivanju zakonitosti prvostupanjskog rješenja.²³ Autor drugog hrvatskog komentara ZUP-a – profesor Krijan – međutim, izravan je i posve jasan kad navodi: »*Iako je pravilo da se u žalbenom postupku drugostupanjsko tijelo ograničava na raspravljanje samo o zahtjevima iz žalbe, tj. samo*

²³ Dupelj – Turčić, str. 53–60 (čl. 11), str. 479–481 (čl. 241), str. 484–488 (čl. 244). Ako se prisjetimo stajališta citiranih autora o mogućnosti oblikovanja žalbenog zahtjeva (petita) – izražen u komentaru uz čl. 232., st. 1. ZUP-a (v. bilješku 19 u ovom radu) – tada je jasno da čvrsto određenog stajališta o tom pitanju i ne može biti.

na ono što je žalitelj u žalbi naveo 'u kojem je pogledu nezadovoljan rješenjem' (čl. 232. st. 1.) ...»²⁴

I. Matović također nedvojbeno izražava stajalište o granicama ispitivanja pobijanog rješenja. U svom radu, posvećenom načelu zabrane reformacije na štetu žalitelja, on navodi: »Iz načela stranačke dispozicije pravom žalbe proizlazi da je drugostepeni organ vezan žalbom stranke ne samo u pogledu mogućnosti raspravljanja o predmetu što ga je rješavao prvostepeni organ već i u pogledu granica raspravljanja o tom predmetu. Drugostepeni organ ne može, po pravilu, ići preko zahtjeva žalbe ...«²⁵ Iz toga slijedi jasan zaključak da je predmetom žalbenog stadija upravnog postupka samo ono što je sporno, dakle ono što stranka (žalitelj) pobija. V. Ivančević u svom kapitalnom djelu *Institucije upravnog prava* shvaća dotično pitanje kao samorazumljivo te se tek posredno osvrće na nj, ali uz nedvosmisleni rezultat zaključivanja koji je posve identičan stajalištima I. Matovića ili P. Krijana.²⁶

Strana doktrina, također, već je prilično davno razriješila sve nedoumice u tom pogledu. Najjasniji izraz dominantnog stajališta nalazimo kod V. Androjne koji ne poznaje nikakve sumnje kada, raspravljajući o ovlastima drugostupanjskog organa, tvrdi: »Ishodište za takvo preispitivanje predstavlja zahtjev, koji je po službenoj dužnosti ili po inicijativi stranke postavljen u prvom stupnju i o kojem je odlučio ili bi morao odlučiti organ prvog stupnja, granice tog preispitivanja označene su u žalbenom zahtjevu (petitu) ...«²⁷ Jednako jasni, u odgovoru na pitanje koje predstavlja bit našeg problema, jesu i M. Kosovac – H. Kozarčanin kad navode: »Iz odredaba koje su prethodile ovom članu, a koje se odnose na rešavanje drugostepenog organa po žalbi, videli smo da se drugostepeni organ kad rešava povodom žalbe, po pravilu, pridržava zahteva stranke iznetog u žalbi i da je prema tom zahtevu iz žalbe odlučivao da li je žalba osnovana, ili nije osnovana. Prema tome, prvenstvena dužnost drugostepenog organa je da ceni osnovanost žalbenog zahteva i da zavisno od te ocene žalbu uvaži ili odbije.«²⁸

²⁴ P. Krijan, Komentar ..., str. 357. Istaknuo autor.

²⁵ V. I. Matović, op. cit., str. 226. Istaknuo autor.

²⁶ V. Ivančević, Institucije upravnog prava, Zagreb, 1983, str. 423 i 426.

²⁷ V. Androjna, op. cit., str. 219. Istaknuto autor.

²⁸ M. Kosovac – H. Kozarčanin, Komentar ZUP-a, Beograd, 1986, str. 342. Istaknuo autor.

Pregled upravnosudske prakse i doktrine upravnog prava zaključujemo stvarajući stajalište o očitom iskazivanju gotovo jednoglasnog slaganja oko pitanja granica unutar kojih se ispituje odluka donesena u prvostupanjskom upravnom postupku. *Nema sumnje da je dominantno motrište prema kojem: a) takve granice postoje te da ih b) žalitelj postavlja u žalbi, pa stoga c) dotične granice obvezuju drugostupanjsko tijelo pri rješavanju žalbe uz zakonom propisane iznimke.* Koncentrirano na taj način prikazano stajalište pokazuje svu pogrešnost zaključivanja pa shodno tome i postupanja Državne komisije.

IV. Uzroci pogrešnog postupanja Državne komisije te moguća upravnosudska intervencija

Karakteristično za stajalište i postupanje DK-a jest potpuno ignoriranje slova i smisla odredbi ZUP-a koje uređuju žalbeni stadij. Umjesto toga, relevantnim se proglašavaju odredbe ZUP-a koje se uopće ne primjenjuju u žalbenom stadiju, nego su isključivo primjenjive u prvostupanjskom postupku (kao, primjerice, čl. 135, st. 2. ZUP-a)²⁹ odnosno predstavljaju izraz osnovnih načela ZUP-a primjena kojih nije apsolutna te ničim ograničena (kao u slučaju čl. 7. te čl. 135, st. 1. ZUP-a).

Štoviše, već sama činjenica postojanja više osnovnih načela onemogućuje apsolutno važenje jednog od načela (a na uštrb svih ostalih) te upravo stoga zahtijeva takvu njihovu primjenu koja će osigurati skladno koegzistiranje svih osnovnih načela. Tome valja dodati da je primjena osnovnih načela ZUP-a u znatnoj mjeri određena konkretnim postupovnim stadijem nekog upravnog postupka. Značenje netom izrečene tvrdnje dodatno je osnaženo okolnošću postojanja specijalnih načela koja se primjenjuju isključivo u pojedinim postupovnim stadijima.³⁰ Sve rečeno zapravo znači da se značenje i smisao osnovnih načela izrav-

²⁹ Na ovom mjestu referiramo na notornu okolnost da žalbeni stadij upravnog postupka ne omogućuje izbor između skraćenog i posebnog ispitnog postupka.

³⁰ Tako i V. Androjna, op. cit., str. 19, koji kao specijalna načela spominje načelo javnosti, načelo usmenosti, načelo pismenosti i dr.

no i nužno prilagođuje konkretnom postupovnom stadiju, ali i drugim osnovnim odnosno posebnim načelima pa stoga nije moguće tvrditi da su značenje i smisao stanovitog načela identični i nepromjenjivi u prvostupanjskom odnosno drugostupanjskom postupku.³¹ Ako tome dodamo i posve neutemeljeno zaključivanje prema kojem suspenzivni efekt žalbe u javnonabavnom postupku istodobno omogućuje zanemarivanje granica žalbenog zahtjeva (što je sukus načina na koji DK shvaća smisao odredbe čl. 71, st. 4. ZOJN-a), tada je jasno da konačni rezultat postupanja DK-a u povodu žalbe ne može biti zakonito i pravilno rješenje.³²

Dosad izloženim prigovorima treba dodati i okolnost da način na koji je DK dosada postupovno tretirao norme relevantne u konkretnim predmetima protuslovi njegovu – prethodno izrečenom – motrištu, a prema kojem kogentnost relevantnih normi opravdava maksimalan opseg ovlasti DK-a u žalbenom stadiju. Ni u jednom rješenju DK-a kojeg smo u posjedu nismo naišli na analizu naravi konkretno primjenjivih normi,³³ a još manje na zaključak o granicama ovlasti DK kao instancijskog tijela u slučaju ispitivanja zakonitosti primjene dispozitivne norme relevantnog propisa. Dakle, očito je da DK smatra kako st. 4, čl. 71. ZOJN-a odnosno čl. 7. i 135. ZUP-a pružaju takvu pravnu osnovu za postupanje poput njegova kojoj ne treba dodatnog opravdanja.

Međutim, samo isticanje nezakonitosti i nepravilnosti neće pomoći; potrebno je upozoriti i na moguće rješenje postavljenog problema. To je tim važnije kad se uoči da je Državna komisija počela donositi rješenja u izvršenju pravomoćnih presuda Upravnog suda RH u kojima intrazigentno ustraje na zadržavanju vlastitih pravnih shvaćanja, pa i po cijenu izravne kontradikcije ne samo sa shvaćanjima pravne doktrine

³¹ U prilog izrečenih teza v. U. M. Gassner, *Rechtsgrundlagen und Verfahrensgrundsätze des Europäischen Verwaltungsverfahrenrechts*, u: *Deutsches Verwaltungsblatt*, br. 1/1995, str. 16 i dalje, te J. Schwarze, *Der Schutz des Gemeinschaftsbürgers durch allgemeine Verwaltungsrechtsgrundsätze im EG-Recht*, u: *Neue Juristische Wochenschrift*, br. 17/1986, str. 1072–1073.

³² Ovdje je potrebno evidentirati da DK pri korištenju čl. 71, st. 4. ZOJN-a kao odredbe koja utemeljuje njegovo stajalište ne uzima u obzir st. 11. istog članka. Prema tom članku, a na zahtjev naručitelja, DK može ukinuti suspenzivni učinak žalbe, što će rezultirati nastavkom postupka ukupne ili dijela nabave pa i prije okončanja žalbenog postupka.

³³ Više o istom kriteriju podjele pravnih normi, kao i razlici između *ius cogens* i *ius dispositivum* v. u: D. Vrban, *Država i pravo*, Golden marketing, Zagreb, 2003, str. 364–367.

nego i sa shvaćanjima Upravnog suda RH.³⁴ Riječ je o ekstremno rijetkim – primjeri neposluha naspram pravomoćnih sudskih presuda poput ovog toliko su rijetki da se u pregledima sudske prakse pronalaze jednom u desetljeću, pa i rjeđe³⁵ – ali utoliko opasnijim presedanima. Tvrdnja je opravdana i položajem Državne komisije kao državnog tijela rad kojeg, pored Upravnog suda RH kao pravnog autoriteta, nadzire isključivo Hrvatski sabor kao vrhovna politička instancija.³⁶

IV.a Granice upravnosudske intervencije

Pravo nije samo sebi svrhom. Upravo iz tog razloga potrebno je barem naznačiti neke od mogućnosti rješenja zatečenog i problematičnog normativnog stanja. Još konkretnije, nužno je uputiti na mogućnosti koje stoje pred strankama u budućim – primarno upravnosudskim – postupcima jer *Iustitia nemini neganda*.

³⁴ Na ovom mjestu naprosto smo primorani ponoviti dijelove Rješenja 1 kojima DK diskvalificira Upravni sud RH kao relevantan autoritet u tumačenju ZUP-a i ZOJN-a, a time i izvor obligatornih pravnih shvaćanja: »... Ovaj žalbeni postupak vodi se po prethodno donesenoj presudi Upravnog suda Republike Hrvatske ...« Dakle, nesporno se određuje pravna situacija u kojoj se nalazi DK. Riječ je o situaciji opisanoj u čl. 62. Zakona o upravnim sporovima. Ipak, to ne sprječava DK da ocjenjuje primjedbe Upravnog suda RH iz spomenute presude na sljedeći način: »... Međutim, ovakvim odlučivanjem nije došlo do prekoračivanja ovlasti budući da su sve grupe za koje je nadmetanje provedeno dio iste pravne stvari ...« Nakon što je izložio svoje gledanje na spornu pravnu situaciju, DK najavljuje kako će favorizirati vlastita naspram pravnih shvaćanja Upravnog suda RH o istoj stvari te zaključuje: »... Postupanje suprotno navedenim odredbama Zakona o javnoj nabavi i Zakona o općem upravnom postupku bilo bi nezakonito...« (sic! – nap. a.). Konačno, DK ponovo donosi rješenje u bitnome identično onom koje je prethodno Upravni sud RH proglasio nezakonitim! U nevjerici zaključujemo da je riječ o eklatantnom i otvorenom primjeru neposluha naspram pravomoćne presude visokog tijela sudbene vlasti uz naprosto nevjerojatno ignoriranje pravne snage iste te pravomoćne presude.

³⁵ Kao uvjerljiv dokaz gornje tvrdnje dovoljno je analizirati praksu Upravnog suda RH u Zborniku odluka Upravnog suda RH 1977–2002, Narodne novine, Zagreb, 2002, koji je izdan u povodu 25-godišnjice postojanja i djelovanja tog visokog suda. Među brojnim odlukama nijedna navedena ne odnosi se na slučaj koji bi bio usporediv s izvodima iz Rješenja 1. Identičan rezultat iskazuje se nakon pretraživanja brojnih odluka Upravnog suda RH objavljenih u Zborniku odluka Upravnog suda Hrvatske 1977–1987, Informator, Zagreb, 1987. Kao posljednji dokaz o rijetkosti upravnih sporova vođenih u povodu rješenja nalik Rješenju 1 v. najrecentniji pregled upravnosudske prakse u: D. Jurić-Knežević, Upravnosudsko savladavanje renitentne uprave, u: Hrvatska javna uprava, god. 6 (2006), br. 3, str. 159–179.

³⁶ Podrobnije o nadzornim ovlastima Hrvatskog sabora v. tekst *infra* između bilješki 41 i 45 u ovom radu.

Nakon što je DK donio Rješenje 1, najprije valja razriješiti stanje nastalo donošenjem takvog akta. U svim bitnim elementima rečena situacija odgovara činjeničnom stanju opisanom u čl. 63. ZUS-a.³⁷ Dakle, stranka adresat Rješenja 1 realizacijom svog prava na pokretanje upravnog spora protiv tog akta isprovocirala bi pravnu situaciju u kojoj bi Upravni sud RH morao konstatirati ispunjenje svih činjeničnih i pravnih pretpostavki za primjenu čl. 63. ZUS-a. Niti najmanje ne sumnjamo da bi Upravni sud RH inzistirao na svojim pravnim shvaćanjima – a koja su, kako smo vidjeli, i doktrinarno potkrijepljena – što bi dovelo do očekivanog rezultata predmetnog upravnog spora: poništavanja Rješenja 1 kao nezakonitog.

U nastavku upravnog spora vođenog prema čl. 63. ZUS-a Upravni bi sud RH morao procijeniti prirodu pravne stvari poradi njezina potvrđivanja ili negiranja mogućnosti njezina razrješavanja putem vlastite presude. Mislimo da postoje sve nužne pretpostavke za meritorno rješavanje Upravnog suda RH i donošenje presude koja bi istodobno ispunila funkciju i sudskog i upravnog akta.³⁸ Tome je tako jer uzrok neslaganja stajališta DK-a i Upravnog suda RH nije činjenično stanje, ni njegova ocjena, već način tumačenja i primjene relevantnih postupovnih normi; u konkretnom slučaju, pitanje postoje li i u kojim se normama mogu naći granice ispitivanja žalbom osporene odluke naručitelja u postupku pred DK-om.³⁹ Slijedom toga, ispunjene su sve pretpostavke za poništavanje osporenog akta te rješavanje same upravne stvari.

U mogućnost i ispravnost primjene rečenih odredbi uvjereni smo i zato što je jedan od ciljeva odredbi čl. 63, st. 1. ZUS-a sprječavanje vođenja beskrajnih upravnih postupaka i na njih oslonjenih upravnih sporova u kojima se stranci onemogućuje realizacija njezinih prava (pravnih inte-

³⁷ Čl. 63. ZUS-a glasi: »(1) Ako nadležni organ nakon poništenja upravnog akta donese upravni akt protivno pravnom shvaćanju suda, ili protivno primjedbama suda u vezi s postupkom, pa tužitelj podnese novu tužbu, sud će poništiti osporeni akt i, u pravilu, sam riješiti stvar presudom. Takva presuda u svemu zamjenjuje akt nadležnog organa. (2) O takvu slučaju sud izvještava organ koji obavlja nadzor.«

³⁸ Tako i P. Krijan, *Komentar Zakona o upravnim sporovima (sa sudskom praksom)*, Informator, Zagreb, 2001, str. 233.

³⁹ Čak i da je riječ o razmimoilaženju o stanju i značenju činjeničnog fonda, uvjereni smo u punu primjenjivost čl. 39, st. 3. ZUS-a u konkretnom slučaju. Razlog takvom našem stajalištu nalazi se u činjenici da je Rješenje 1 doneseno, a to ne spori ni DK, u izvršenju pravomoćne presude Upravnog suda RH. S obzirom na tu okolnost, mogućnost aktiviranja ovlasti Upravnog suda RH da sam utvrđuje relevantno činjenično stanje puno je izglednija.

resa) za koje je pravomoćnom sudskom presudom utvrđeno da su zasnovane na zakonu.⁴⁰ Kao dodatni, jednakovrijedni cilj postavljena je i realizacija diobe vlasti u kojoj sudbena vlast posjeduje neprikosnoven, Ustavom RH osnažen položaj arbitra svih pravnih sporova između građana i javne uprave.⁴¹ Sve navedene ciljeve, uz prethodno ispunjenje zakonskih pretpostavki, moguće je realizirati ponovnim pokretanjem upravnog spora i opisane reakcije Upravnog suda RH.

Nakon donošenja presude opisanog sadržaja, Upravni sud RH morao bi o razlozima ponovnog vođenja takvog upravnog spora obavijestiti »organ koji obavlja nadzor« (čl. 63, st. 2. ZUS-a) nad radom Državne komisije. Prema stanju relevantnog zakonskog akta (ZODK), riječ je o Hrvatskome saboru. Takav zaključak rezultat je usporedne analize čl. 2, st. 3. odnosno čl. 9. ZODK-a.⁴² Nadzorne ovlasti Hrvatskog sabora, međutim, ograničene su na traženje odgovarajućih informacija (u obliku redovitih ili izvanrednih izvješća) odnosno na odlučivanje o personalnom sastavu Državne komisije.⁴³ Ipak, čak i u takvom normativnom kontekstu već sama mogućnost traženja podnošenja izvanrednog izvješća od strane DK-a, uvjereni smo, djelovala bi preventivno, ako

⁴⁰ V. u tom smjeru i V. Ivančević – M. Ivčić – A. Lalić, *Zakon o upravnim sporovima s komentarom i sudskom praksom*, Narodne novine, Zagreb, 1958, str. 282–284. U tom smislu i V. Bačić – Z. Tomić, *Komentar Zakona o upravnim sporovima (sa sudskom praksom)*, Službeni list SFRJ, Beograd, 1989. (drugo, dopunjeno izdanje), str. 243.

⁴¹ Tako i P. Krijan, *Komentar Zakona o upravnim sporovima* ..., str. 232. S obzirom na to da dotično pitanje zapravo tangira načelo diobe vlasti, upućujemo na djela koja mogu poslužiti kao instruktivan uvod u problematiku i/ili sadržavaju iscrpne popise literature o istoj temi. Na hrvatskom jeziku v. osobito A. Bačić, *Konstitucionalizam i podjela vlasti u »reaktivnim« ustavima postkomunističkog razdoblja*, odnosno S. Sokol, *Načelo diobe ili ograničenja vlasti*, oba članka u: *Politička misao*, br. 1/1992, str. 43–55 (Bačić) odnosno str. 3–18 (Sokol). Zatim za nešto širi pogled na izvorišta te utjecišta istog načela v. E. Pusić, *Dioba vlasti*, u: *Rad Hrvatske akademije znanosti i umjetnosti (Razred za društvene znanosti)*, knj. 33 (1995), str. 53–90. Od strane literature osobito ističemo R. Zippelius – T. Württemberg, *Deutsches Staatsrecht*, C. H. Beck, München, 2005. (31. izdanje), str. 97–101, odnosno H. Maurer, *Staatsrecht I*, C. H. Beck, München, 2005. (5. izdanje), str. 218–230, te J. A. Barron – C. T. Dienes, *Constitutional Law*, West (Nutshell series), Minnesota, 1991. (2. izdanje), str. 123–124.

⁴² Čl. 2, st. 3. ZODK-a glasi: »Državna komisija je odgovorna Hrvatskom saboru.« U čl. 9. ZODK-a uređuje se obveza DK-a da Hrvatskom saboru podnosi godišnja izvješća o svom radu kao i o stanju u području javne nabave u RH (st. 1). Osim toga, Hrvatski sabor može, pored netom spomenutog redovitog izvješća, zatražiti od DK-a i podnošenje izvanrednog izvješća, a to je, prema dikciji čl. 9, st. 2, izvješće »... i za razdoblje kraće od godine dana.« (st. 2). Osim toga, uređuje se i obligatorni sadržaj godišnjeg izvješća (st. 3).

⁴³ U tom smislu odlučne su odredbe čl. 3, st. 2. (imenovanje članova DK-a) odnosno čl. 6. (razrješenje članova DK-a).

već ne punitivno.⁴⁴ Sve rečeno u vezi s relativnim suženim opcijama kontrole zakonitosti rada DK-a ne utječe, međutim, na pravo adresata nezakonitih rješenja DK-a da svoje povrijeđene interese pokušaju sanirati isticanjem odštetnog zahtjeva pred redovitim sudom. Vjerojatnost uspjeha to je značajnija za svakog od potencijalnih tužitelja ako – kao što je to slučaj u analiziranom predmetu – svoj zahtjev može osnažiti pravomoćnom presudom Upravnog suda RH koja utvrđuje nezakonitost odluke DK-a. Naposljetku, potrebno je predložiti normativna poboljšanja koja je moguće primijeniti *de lege lata* odnosno *de lege ferenda* te potom sumirati rezultate izvršene analize.

V. Prijedlozi i mogućnosti *de lege lata* i *de lege ferenda*

Uz sadašnje normativno stanje nije jednostavno sugerirati formule primjenom kojih će uočeni problemi trenutačno nestati. Tome je tako iz više razloga: prvo, postoji nesporan deficit normi relevantnih propisa (ZOJN te ZODK) koje uređuju žalbeni stadij javnonabavnog postupka; drugo, invokacija ZUP-a od strane DK-a redovito je fragmentarna i neprecizna, a nisu ni rijetki slučajevi kad u potpunosti izostaje;⁴⁵ treće, upravnosudska praksa – zbog predugog trajanja upravnog spora – kasaka za relevantnom praksom te problemima u primjeni propisa u tom normativnom području. Stoga uočeni problemi perzistiraju u praksi (čitaj: toleriraju se) predugo. Posljedica takvog stanja jest pojava da se, umjesto pravilne primjene relevantnih propisa te realizacije normativnih ciljeva tih propisa, suočavamo sa svojevrsnim »krivotvorenjem« relevantnog normativnog slova i smisla. Jednu od takvih pojava prikazali smo i u našem radu.

Njezine su posljedice za pravilno i promptno odvijanje javnonabavnih postupaka, ako ih cijenimo po prikazanom u konkretnom slučaju, brižantne. Umjesto brzog, efikasnog i zakonitog okončanja javnonabav-

⁴⁴ Pri tome držimo da na rečenu situaciju nije primjenjiv nijedan od razloga razrješenja od dužnosti člana Državne komisije iz čl. 6, st. 1, t. 1–6. ZODK-a.

⁴⁵ Ilustraciju tvrdnje, a na primjeru shvaćanja značenja i naravi vrlo zanimljive novine u žalbenom stadiju javnonabavnog postupka, v. u: I. Šprajc, Kritička analiza važnijih novina u Zakonu o javnoj nabavi, Hrvatska javna uprava, god. 6 (2006), br. 1, str. 117–119.

nog postupka u žalbenom stadiju, cjelokupno se nadmetanje zajedno sa svim zakonito i pravilno poduzetim radnjama vraća na početak. Nesukladno ključnim propisima, Državna komisija prelazi granice vlastite nadležnosti pa se time pretvara u tijelo koje djeluje normativno nefunkcionalno te otežava i značajno usporava pravilno, zakonito i efikasno odvijanje javnonabavnih postupaka. Kao ključni i nedvosmisleni argumenti naših tvrdnji pokazuju se navodi iz Rješenja 1 u kojima DK potpuno ignorira te ustrajno negira ustavnu poziciju sudbene vlasti te visokog suda kakav je Upravni sud RH. Zbog svih iznesenih primjedbi više je nego jasno da ne odobravamo način postupanja kao i pripadajuću argumentaciju koju trenutačno zastupa Državna komisija. Štoviše, uvjereni smo da takvo stajalište DK naprosto ne može zajamčiti ni zakonito, a još manje svrsishodno odvijanje javnonabavnih postupaka. Nastavno tome, realizacija normativno-ekonomskih ciljeva sustava javne nabave očito je malo vjerojatna.

No, čak i u takvoj – razmjerno nepovoljnoj normativnoj situaciji – postoji prihvatljivo rješenje kao izlaz iz propisima nesukladne sadašnje situacije. To se rješenje, s obzirom na tekstualnu insuficijenciju (podnormiranost) primarno primjenjivih propisa (ZOJN i ZODK), presudno oslanja na odgovarajuću interpretaciju supsidijarnih postupovnih normi, ali interpretaciju koja zasigurno: a) jest konvergentna temeljnim postulatima i potrebama pravnog poretka (osobito u području javne nabave), a to znači da b) osigurava povećanu transparentnost te lakšu upravnosudsku provjerljivost primjene relevantnih normi.

Temeljno metodološko sredstvo interpretacije koju predlažemo jest sistematska interpretativna metoda; njezina osnova – osobito korespondentna potrebama zatečene normativne situacije – predstavlja shvaćanje da su svi relevantni normativni izvori u međusobnom odnosu pozitivne korelacije te da ih je moguće sadržajno uskladiti putem odgovarajuće interpretacije. Nastavno tome, potrebno je od svih mogućih interpretativnih linija odabrati onu koja omogućuje tumačenje sukladno višim pravnim izvorima i/ili koja omogućuje tumačenje uz međusobno usklađivanje svih relevantnih pravnih izvora a da se pri tome uspješno izbjegnu apsurdne posljedice.⁴⁶ Dodatni metodološki oslonac pruža ar-

⁴⁶ O sistematskoj metodi v. L. Treder, *Methoden und Technik der Rechtsanwendung*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1999, str. 52–54, odnosno N. Visković, *Država i pravo*, Birotehnika, Zagreb, 1997. (drugo, izmijenjeno izdanje), str. 237.

gument *ad absurdum* koji je zaslužan za negativnu selekciju odnosno za odstranjivanje interpretativnih linija koje ne omogućuju usklađivanje analiziranih normi odnosno koje nisu sukladne višim pravnim izvorima ili/i koje nije moguće primijeniti uz zadržavanje harmoničnog odnosa između svih relevantnih pravnih izvora. Dakako, važna a neizrečena pretpostavka takvog rezoniranja jest pretpostavka »racionalnog zakonodavca« koja, u konkretnom slučaju, presudnu metodološku pomoć dobiva od tzv. tumačenja usklađenog s ustavom odnosno drugim pravnim izvorima višeg ili istog pravnog ranga.⁴⁷ Postizanje svih navedenih ciljeva u konkretnoj situaciji omogućuje isključivo ZUP te primjena u njemu sadržanog izvanrednog pravnog sredstva proglašavanja rješenja ništavim (čl. 267–268).

V.a Prijedlozi *de lege lata*

Zbog važnosti koju u dotičnom normativnom kontekstu posjeduje, čl. 267. ZUP-a citiramo u cijelosti:⁴⁸

Čl. 267.

Ništavim se proglašava rješenje:

- 1) koje je u upravnom postupku doneseno u stvari iz sudske nadležnosti ili u stvari o kojoj se uopće ne može rješavati u upravnom postupku;
- 2) koje bi svojim izvršenjem moglo uzrokovati neko djelo kažnjivo po kaznenom zakonu;
- 3) čije izvršenje uopće nije moguće;
- 4) koje je donio organ bez prethodnog zahtjeva stranke (članak 126.), a na koje rješenje stranka nije naknadno izrično ili prešutno pristala;
- 5) koje sadrži nepravilnost koja je po nekoj izričnoj zakonskoj odredbi predviđena kao razlog ništavosti;
- 6) čije bi izvršenje bilo protivno osnovnim načelima pravnog poretka.

⁴⁷ Potvrdu izloženog o spomenutom argumentu v. kod L. Tredera, op. cit., str. 41–42 te 62–64, odnosno kod N. Viskovića, op. cit., str. 241–242.

⁴⁸ Zbog razloga koje navodimo niže u tekstu čl. 268. ZUP-a nije od primarne važnosti te samo podsjećamo da se u rečenom članku razrješavaju pitanja nadležnosti za primjenu, opsega primjenjivosti, inicijative odnosno pravne zaštite stranaka pri korištenju tog izvanrednog pravnog sredstva.

Korištenje instituta proglašavanja rješenja ništavim u žalbenom stadiju javnonabavnog postupka temelji se na supsidijarnoj primjeni ZUP-a koju, kao što smo prethodno pokazali, ne spori nijedno tijelo nadležno za postupanje u pravnom području javne nabave. Povrh toga, riječ je o institutu koji istovremeno ima barem dvostruku funkciju: prvo, potvrđuje ZUP ne samo kao supsidijarno primjenjiv propis u javnonabavnom postupku već i kao jasno i nedvosmisleno mjerilo postupanja DK-a u žalbenom stadiju tog postupka; drugo, čini legalnom intervenciju DK-a i preko granica žalbenog zahtjeva u slučajevima indiciranim počinjenjem najtežih mogućih nepravilnosti u provođenju javnonabavnog postupka.

Na ovom mjestu moramo istaknuti da je kod primjene razloga ništavosti zapravo riječ o odgovarajućoj primjeni ZUP-a u okviru žalbenog stadija javnonabavnog postupka. Odgovarajućoj stoga što je između ZUP-a i postupka predviđenog ZOJN-om generalno promatrano riječ o dva, međusobno u cijelosti nesvodiva, postupka, uz rezervu da zbog više okolnosti ZUP pruža primjer fundamentalne postupovne kodifikacije koja je ipak vrlo bliska postupovnoj situaciji predviđenoj ZOJN-om.⁴⁹ U svrhu ilustracije tvrdnje o bliskosti tih postupaka posebice ističemo dva razloga; prvo, ZUP ima dugu tradiciju primjene na situacije koje su karakteristične za postupke javne nabave. Riječ je o višestranačkim stvarima u kojima su stranke u kolidirajućem odnosu pa je pozicija naručitelja vrlo nalik poziciji tijela odluka kojeg će okončati svojevrsno natjecanje stranaka.⁵⁰ Osim rečenog, formalni razlog također djeluje u prilog supsidijarne i odgovarajuće primjene ZUP-a. Naime, zakonodavac je sudionicima javnonabavnih postupaka otvorio upravnosudski put pravne zaštite, što znači je upravo ZUP postupovna kodifikacija koja, po mišljenju zakonodavca, najbolje korespondira potrebama javnonabavnog postupka (uz rezervu odgovarajuće te smislene supsidijarne primjene).⁵¹

⁴⁹ Nesvodivost je posljedica postojanja obveznopравnih elemenata u svakom javnonabavnom postupku. Podrobnije v. S. Nikšić, Ugovorna narav javnih nabava, u: A. Mužina – G. Matešić – T. Vesel – T. Eržen – S. Nikšić – A. Crismani – A. Duman, op. cit., str. 160–220.

⁵⁰ V. podrobnije I. Borković, Upravno pravo, Narodne novine, Zagreb, 2002. (VII., izmijenjeno i dopunjeno izdanje), str. 420.

⁵¹ O ostalim razlozima v. detaljnije D. Medvedović – I. Šprajc, op. cit., str. 193–194 te 199–206.

Do prethodno najavljene primjene instituta proglašavanja rješenja ništavim dolazi normativnom transmisijom koju omogućuje čl. 241, st. 1. ZUP-a.⁵² Naime, prema toj odredbi ZUP-a žalbeno tijelo nedvojbeno je ovlašteno po službenoj dužnosti provjeriti svaki prvostupanjski upravni akt i iz perspektive nekog od razloga ništavosti. Primjenjujući odredbu čl. 241, st. 1. ZUP-a i na odluku naručitelja u javnonabavnom postupku, Državna komisija dobiva legalno i legitimno te iznad svega efikasno sredstvo suzbijanja svih onih pojava i/ili nepravilnosti kojima je cilj evazija slova i smisla ZOJN-a.

Kao dodatnu prednost korištenja razmatranog instituta vidimo i dikciju čl. 267. ZUP-a koja ne ostavlja pretjerane dvojbe. Svi razlozi ništavosti uobličeni su dovoljno jasno, a većinu potencijalnih dvojbi u visokoj je mjeri preciznosti razriješila dugogodišnja upravna odnosno upravnosudska praksa.⁵³ Pozabavimo se, stoga, u nastavku rada s nekim od razloga ništavosti koji se čine najiskoristivijima u normativnom okviru žalbenog dijela javnonabavnog postupka.

Od šest, u čl. 267. ZUP-a sadržanih, razloga ništavosti, najkorespondentniji kontekstu u kojem bi DK primjenjivao taj institut jesu razlozi koji se odnose na potencijalne probleme u izvršenju odluke naručitelja. Riječ je, dakako, o t. 2, 3. i 6. čl. 267. ZUP-a. Korespondentnost koju spominjemo referira na suspenzivni učinak kao redovitu, ali od posljednje novele ZOJN-a ne i beziznimnu posljedicu ulaganja žalbe u javnonabavnom postupku.⁵⁴ Takav učinak žalbe otvara prigodu i pruža potrebno vrijeme DK-u da, osim ocjene o zakonitosti odluke naručitelja, a prema sadržaju i opsegu žalbenog zahtjeva, stvori stajalište i o dopuštenosti, mogućnosti odnosno sukladnosti izvršenja te odluke osnovnim načelima hrvatskog sustava javne nabave, ali i jednakovrsnim načelima ukupnog pravnog poretka.

Navedene odredbe, uobličene putem pravnih standarda, omogućuju podvođenje većine nedopuštenih, nemoralnih te na izigravanje sadržaja i smisla ZOJN-a usmjerenih radnji. Tako, primjerice, DK može

⁵² V. citat čl. 241. ZUP-a u tekstu ovog rada neposredno nakon bilješke 13.

⁵³ Eventualna rezerva odnosi se na posljednjenavedeni razlog ništavosti – sadržan u t. 6, čl. 267. ZUP-a – koji je posljedica intervencije u ZUP učinjene prilikom njegova preuzimanja kao saveznog propisa 1991.

⁵⁴ Izražena rezerva odnosi se na odnos između st. 4. te 11. čl. 71. ZOJN-a. Načelnu suspenzivnost žalbe zakonodavac je učinio pravilom, ali s mogućom iznimkom uređenom u st. 11. Kritiku te legislativne intervencije v. u: I. Šprajc, *Kritička analiza ...*, str. 114–119.

pozivom na t. 3. čl. 267. ZUP-a po službenoj dužnosti poništiti odluku naručitelja koju faktički i/ili pravno nije moguće izvršiti.⁵⁵ Neizvršivost rečene odluke može biti posljedica okolnosti da je naručitelj odabrao ponudu koja na nadmetanju nije bila izabrana kao najpovoljnija odnosno uopće nije udovoljila zahtjevima prihvatljivosti ponude.⁵⁶ To stoga što ako se prihvati stajalište – inače vrlo prihvatljivo i smisleno – prema kojem se izvršenje odluke o odabiru sastoji u zaključenju odgovarajućeg ugovora,⁵⁷ a taj je ugovor izričitom zakonskom odredbom proglašen ništavim (v. čl. 73. t. 1. ZOJN-a), tada nije teško zaključiti da je izvršenje takve odluke o odabiru potpuno pravno nemoguće. Proklamacija istovrsne odluke ništavom, logično, tada je tek službena i autoritativna potvrda prethodno počinjene i vrlo intenzivne pogreške naručitelja.

Ili: nalazimo svakako primjenjivom odredbu t. 6. čl. 267. ZUP-a na širok niz slučajeva u kojima je odluka o odabiru uzrokovana primjenom diskriminatornih uvjeta nadmetanja i/ili postupcima naručitelja naspram nekog od ponuditelja. Primjerice, favoriziranje domaćih ponuđača putem uvođenja tzv. »nacionalne povlastice«⁵⁸ bila bi u današnjem normativnom kontekstu⁵⁹ teška povreda načela jednakosti u svom općem obliku – a vrlo vjerojatno i načela jednakosti između poduzetnika kao poseban oblik istog načela⁶⁰ – koje je načelo ne samo jedan

⁵⁵ Tako i V. Ivančević, op. cit., str. 258–259 odnosno 444 (uz navode rane i vrlo prihvatljive upravnosudske prakse u istom kontekstu), ali i P. Krijan, Komentar ZUP-a, str. 415, odnosno Dupelj – Turčić, str. 573. Potonji smatraju da »pravna nemogućnost izvršenja postoji kada bi izvršenje rješenja bilo protivno izričitom propisu ...«, dok »stvarna nemogućnost postoji kad rješenje objektivno nije moguće izvršiti, dakle kad postoji objektivna zapreka bilo glede osobe, bilo glede stvari.«

⁵⁶ V. detaljnije o kriterijima (ne)prihvatljivosti ponude u javnonabavnim postupcima u čl. 59–60. ZOJN-a.

⁵⁷ V. G. Matešić, Sustav pravne zaštite u javnoj nabavi, op., cit., str. 86–87.

⁵⁸ V. čl. 8. Zakona o nabavi roba, usluga i ustupanju radova (NN 142/97, 32/01) kao normativnog prethodnika ZOJN-a, a taj članak sadržava spomenutu povlasticu. U osnovi »nacionalna povlastica« predstavlja poseban sustav favoriziranja domaćih nasuprot stranih ponuđača (poduzetnika), i to toleriranjem cjenovno najpovoljnije (skuplje) ponude domaćih poduzetnika.

⁵⁹ Kao glavni determinirajući faktor rečenog konteksta vidimo obveze koje je RH preuzela naspram EU, sve u svrhu stjecanja punopravnog članstva u EU. V. primjerice jednu od tih obveza iz čl. 72. st. 2. t. 3. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju (dalje: SSP). Rati-fikacijski akt objavljen je u NN – MU 14/01.

⁶⁰ V. čl. 49. st. 2. URH koji, u bitnom dijelu (prva rečenica), glasi: »Država osigurava svim poduzetnicima jednak pravni položaj na tržištu.«

od temeljaca pravnog poretka, nego – kroz ideju pravde – i prava uopće.⁶¹ Jednako tome, jedno od osnovnih načela pravnog poretka, pa onda i regulativnog sustava javne nabave jest javnost (transparentnost).⁶² Postupanje naručitelja suprotno rečenim načelima – primjerice, putem postupanja suprotnog mnogobrojnim obvezama statuiranim u čl. 17.–25. ZOJN-a od kojih se sve odnose na osiguranje transparentnosti u javnonabavnom postupku – držimo da predstavlja ogledan primjer za korištenje t. 6. čl. 267. ZUP-a. Konačno, i t. 2. čl. 267. ZUP-a potencijalno je primjenjiva odredba u tom kontekstu. Pri tome se mora voditi računa o okolnosti da bi izvršenje odluke naručitelja uzrokovalo posljedice koje bi – svaka za sebe ili uzete zajedno – predstavljale ostvarenje nekog od kaznenih djela.⁶³

Navedeni primjeri pokazuju da bi se DK mogao poslužiti čl. 267. u vezi s čl. 241. st. 1. ZUP-a poradi ostvarenja pune svrhe instancijske kontrole u postupcima javne nabave. Čvrsto smo uvjereni da minimalni sadržaj instancijske kontrole mora obuhvatiti i intervencije u postupke javne nabave u kojima je došlo do najtežih povreda postupovnih normi, načela pa i samog cilja propisa o javnoj nabavi. Kako ni ZOJN ali ni ZODK ne legaliziraju ovovrsnu intervenciju DK-a, to se jedino u ZUP-u mogla pronaći validna pravna osnova za primjerenu reakciju DK-a kad se suoči s osobito teškim deformacijama postupaka i rezultata javne nabave.

Rezoniranje nalik izloženom u osnovi bi se moglo primijeniti i u pogledu čl. 241. st. 2. ZUP-a. Međutim, teškoće nastupaju kad se uoči suženost područja primjene rečene odredbe u žalbenom stadiju javnonabavnog postupka. Ekstrapoliranje čl. 241. st. 2. ZUP-a u postupku javne nabave slabije je vjerojatno zbog temeljne razlike između normativnih konstelacija koje postoje u klasičnom upravnom odnosno javnonabavnom postupku. Naime, situacija u kojoj je nadležnost jednog tijela upitna u klasičnom je upravnom postupku relativno česta, dok u

⁶¹ Više o tome v. G. Radbruch, *Filozofija prava*, Nolit, Beograd, 1980, osobito str. 44–52.

⁶² Prema čl. 12. Zakona o sustavu državne uprave (NN 190/03 – pročišćeni tekst, 199/03) načelo javnosti jedno je od osnovnih načela djelovanja javne uprave. Isključiti se može iznimno i to samo zakonom. V. u tom smislu i osobito značajan Zakon o pravu na pristup informacijama (NN 172/03), a posebice čl. 2., odnosno čl. 20.–21. navedenog zakonskog akta. Stajalištu o jednom od osnovnih načela pravnog poretka pridonosi i okolnost da je Zakon o sustavu državne uprave organski zakon (v. čl. 82., st. 2. Ustava RH).

⁶³ O tome V. Androjna, op. cit, str. 269.

javnonabavnom postupku predstavlja prije vrlo rijetku iznimku nego pravilo. Uzrokovano je to okolnošću da je početna točka javnonabavnog postupka redovito vrlo jasna – potreba za pribavljanjem stanovite robe, stanovitih usluga ili izvođenja radova na strani točno određenog entiteta koji je obvezan primjenjivati ZOJN. Eventualne nesuglasice oko dužnosti primjene ZOJN-a reflektirat će se u prvom redu na pitanje legalnosti zaključenog ugovora kojem nije prethodio neki od postupaka predviđenih ZOJN-om. Upravo stoga je legislativni način rješavanja izloženog problema sadržan u čl. 73. ZOJN-a putem statuiranja pravila koje taksativno enumera slučajeve ništavosti javnonabavnog ugovora.⁶⁴

No, prihvatanje netom opisanog načina tumačenja i primjene ZUP-a ne pruža razlog za potpuno zadovoljstvo. Naime, i nadalje se – s pravom – može istaknuti prigovor da je riječ o neadekvatnom načinu regulacije javnonabavnih postupaka. To stoga što je u propisima takve razine preciznosti kao što je to slučaj sa ZOJN-om primjereno jednakom preciznošću urediti i žalbeni stadij. Na primjeru poput ovog to bi značilo konkretno, jasno i nedvosmisleno urediti ovlast DK-a da u pojedinim slučajevima prelazi granice žalbenog zahtjeva. Dakle, vidi se da pristajemo uz stajalište koje zahtijeva odgovarajuću zakonsku novelu analiziranog dijela ZOJN-a. S tim ciljem čitateljima pružamo pregled nekoliko sličnih primjera iz usporednog prava.

V.b Mogućnosti *de lege ferenda*

U slučajevima u kojima domaće pravo pokazuje znakove izrazite normativne nedostatnosti opravdano je okrenuti se normativnim primjerima iz usporednog prava. Relevancija usporednog prava već je odavno nadišla tek puko prikazivanje normi drugog pravnog sustava, ali i u toj funkciji usporedno pravo može koristiti domaćem pravu.⁶⁵ Sve rečeno

⁶⁴ Pregledom predmetnog članka ZOJN-a ustanovljujemo da je slučaj predviđen t. 3. najizgledniji za primjenu čl. 241, st. 2. ZUP-a. Pri tome treba imati na umu da bi primjena ZUP-a bila indicirana tek postojanjem posebnog akta nekog od obveznika primjene ZOJN-a kojim bi se aktom izričito i nelegalno nabava ustupila trećoj osobi kao osobi na koju se ZOJN ne odnosi. Izloženo, smatramo, potvrđuje naše stajalište o suženom području primjene čl. 241, st. 2. ZUP-a.

⁶⁵ O usporednom pravu kao osnovici posebne interpretativne metode v. više u: F. Bydlinski, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, WUV, Wien, 2005, str. 42–44.

vrijedi isključivo za druga nacionalna prava jer da važeće pravo Europske unije (EU) u analiziranom segmentu ne sadržava niti izravno niti neizravno relevantne norme.⁶⁶

U skladu s netom izrečenim prikazat ćemo nekoliko relevantnih normi iz nacionalnih pravnih sustava koji su po više karakteristika bliski našem pravnom sustavu. Prikaz započinjemo sa slovenskim odnosno srpskim pravom s kojim nas ne vežu samo veze iz prošlosti već, nadamo se, i zajedničko stjecište u europskom pravu. Nadalje, izvanredno je zanimljiva i odredba odgovarajućeg poljskog zakona, i to stoga što predstavlja inventivan model usklađivanja dispozicijskog načela prema kojem se, u pravilu, orijentira instancijski stadij javnonabavnog postupka i oficijelnog načela kao iznimke od istog pravila.

U slovenskom Zakonu o reviziji postupaka javne nabave iz 1999. (uz kasnije izmjene i dopune) presudna je odredba čl. 19, st. 2. koju donosimo u našem prijevodu:

»(2) Državna revizijska komisija odlučuje u granicama revizijskog zahtjeva, i to o svim navedenim povredama postupka javne nabave. Državna revizijska komisija odlučuje, uz uzimanje u obzir granica revizijskog zahtjeva, i o povredama za koje podnositelj nije znao niti je mogao znati a koje su utjecale na odluku naručitelja o dodjeli nabave.«⁶⁷

Vrlo slična, ali uz jednu bitnu razliku, jest i odredba čl. 140, st. 1. srpskog Zakona o javnim nabavkama iz 2002. (uz kasnije izmjene i dopune) koja, u našem prijevodu, glasi:

⁶⁶ Relevantno važeće pravo EU-a sadržano je u dvije direktive: Direktivi Vijeća br. 89/665/EEC od 21. prosinca 1989. o koordinaciji zakona, uredbi i administrativnih propisa koji se odnose na primjenu nadzornih postupaka nad dodjelom ugovora o javnoj nabavi i javnim radovima (dalje: Direktiva 89/665) te u Direktivi Vijeća br. 92/13/EEC od 25. veljače 1992. o koordinaciji zakona, uredbi i administrativnih propisa koji se odnose na primjenu pravila Zajednice o postupcima nabave entiteta koji djeluju na područjima vodoopskrbe, energetike, prijevoza i telekomunikacija (dalje: Direktiva 92/13). Ni prijedlog izmjena i dopuna spomenutih direktiva – koji je u konačnom obliku predstavila Europska komisija u svibnju ove godine; v. dokument oznake COM (2006) 195 final na web-stranici: www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2006/com2006_0195en01.pdf – neće u tom kontekstu donijeti nikakve promjene.

⁶⁷ V. komentar citirane odredbe u: Zakon o reviziji postupkov javnega naročanja (s komentarjem sprememb in dopolnitev), GV Založba, Ljubljana, 2003, str. 44–47, autorica komentara V. Kranjc.

»(1) Komisija odlučuje u granicama podnesenog zahtjeva za zaštitu prava, kao i o povredama za koje donosilac nije znao niti je morao znati, a koje su utjecale na odluku naručitelja u postupku javne nabave.«

Posebno je interesantno uočiti da su oba spomenuta propisa (i slovenski i srpski) u primarno uzakonjenoj varijanti navedenih odredbi sadržavali beziznimno ograničenje ovlasti instancijskog tijela koje se striktno moralo kretati unutar granica pravozaštitnog zahtjeva. Kasnije novele očito su predstavljale izraz potrebe da se instancijskom tijelu omogući reakcija i po službenoj dužnosti. Ipak, takva je normativna potreba po našem mišljenju preciznije uzakonjena u srpskom propisu jer iz odgovarajuće odredbe tog propisa nedvojbeno proizlazi da tijelo nadležno za ispitivanje zakonitosti odluke naručitelja ima ovlast prelaska granica određenih u pravozaštitnom sredstvu. Citirani slovenski propis, međutim, nije onoliko jasan koliko bi trebao biti. Sintagma iz druge rečenice st. 2. čl. 19. »uz uzimanje u obzir granica revizijskog zahtjeva« ipak ostavlja sumnju glede granica unutar kojih se mora odnosno može kretati nadležno tijelo. Autoritativno mišljenje autorice komentara slovenskog propisa nedvosmisleno optira za takvo shvaćanje rečene odredbe koje pretpostavlja kombinaciju načela oficijelnosti (kao iznimke) i načela dispozitivnosti (kao pravila) u rečenoj situaciji.⁶⁸ Takvom shvaćanju zasigurno ide u prilog i smislena primjena Zakona o parničnom postupku određena snagom čl. 3, st. 5. citiranog slovenskog zakona.

Pozornost plijeni i primjer iz poljskog prava javne nabave. U tu svrhu prenosimo st. 3. čl. 191. poljskog Zakona o javnoj nabavi iz 2004. koji glasi:

»(3) Izabrani odbor ne smije odlučivati o prigovorima koji nisu bili spomenuti u pritužbi. Okolnosti koje su uzrokovale poništenje javnog nadmetanja izabrani odbor ispituje ex officio.«

Netom citirana odredba ne ostavlja nikakve sumnje: nadležno tijelo precizno je ovlašteno djelovati u instancijskom postupku u dva smjera. Prvom koji svojim pravnim sredstvom zacrtava njegov podnositelj te drugom koji tijelu otvara zakonodavac ovlašćujući ga da po službenoj dužnosti ispituje točno navedene postupovne situacije.

⁶⁸ V. V. Kranjc, op. cit., str. 45.

Iako ograničene po opsegu, netom prikazane odredbe vjeran su odraz normativnog stanja u usporednom pravu te mogu biti shvaćene i kao pregled normativnih mogućnosti koje stoje pred domaćim zakonodavcem. Naime, relativno je lako ustanoviti opcije koje u tom smislu stoje na dispoziciji hrvatskom zakonodavcu.

Pro primo, razvidno je da je većina zakonodavaca smatrala pitanje granica ispitivanja zakonitosti odluke naručitelja u javnonabavnom postupku vrijednim izričite regulacije. Dakle, dotično pitanje poželjno je – zbog njegova utjecaja na tijek te brzinu odvijanja postupka javne nabave – izričito razriješiti u odgovarajućem propisu. *Pro secundo*, legislativni pristupi uređenju tog pitanja daju se svesti na dva temeljna – prvi, koji ne dopušta nikakvo odstupanje od dispozitivnog načela (primjer nekadašnjih varijanti slovenskog odnosno srpskog zakona), te shodno tome ograničava ovlasti instancijskog tijela isključivo na opseg pravozaštitnog zahtjeva te, drugi, koji dispozitivno načelo (kao pravilo) kombinira s načelom oficijelnosti (kao iznimkom), a to je normativna odlika poljskog zakona kao i sadašnjih verzija slovenskog odnosno srpskog prava. Shodno tome, iznimke pružaju prigodu instancijskom tijelu da, uz zakonom formulirane uvjete, prekorači granice pravozaštitnog zahtjeva. Proširenje ovlasti instancijskog tijela te njegovo postupanje *ex offo* u instancijskom stadiju rezervirano je za korekciju težih povreda normi postupka o javnoj nabavi i/ili povreda najvažnijih normi tog postupaka.

Pri tome, inačice drugonavedenog pristupa variraju; i dok se slovenski (srpski) zakonodavac odlučio na dikciju za koju je karakteristično korištenje pravnih standarda, pa slijedom toga i mogućnost podvođenja različitih povreda pod iste standarde, dotle je poljski zakonodavac zadržao višu razinu preciznosti normativne dikcije te *ex offo* postupanje tijela nadležnog za kontrolu zakonitosti postupka rezervirao isključivo za slučajeve koji uzrokuju poništenje nadmetanja.⁶⁹ Vidljive su i posljedice odabira jedne ili druge prikazane inačice; u jednom slučaju (karakterističnom za slovensko i srpsko pravo) težište se stavlja na prosudbu organa nadležnih da kontroliraju zakonitost provođenja javnonabavnog postupka tumačenje kojih je ključno za djelovanje po službenoj dužnos-

⁶⁹ Vrijedno je napomenuti da su i sami slučajevi poništenja nadmetanja uobičajeno izrijekom i precizno navedeni. U navedenom poljskom zakonu riječ je o čl. 93. koji nabroja 7 istovrsnih slučajeva. Glede hrvatskog prava v. čl. 64, st. 1. ZOJN-a.

ti, dok je drugi slučaj (ilustrira ga poljsko pravo) presudno obilježen strogoćom relevantnog normativnog teksta, i to kako glede temeljnog pravila, tako i iznimaka od istog pravila. Iz toga jasno proizlazi ponešto manja uloga tumačenja nadležnog instancijskog tijela koje, pri takvom regulativnom stanju, valja tek ustanoviti te pod odgovarajuću normi podvesti činjenično stanje koje opravdava njegovo djelovanje *ex offio*.

Koji god pristup odabrao hrvatski zakonodavac, držimo, mora rečeno pitanje urediti u ZOJN-u *expressis verbis*. U duhu tog zaključka prilazimo sumiranju rezultata izvršene analize.

VI. Zaključne napomene

Izvršena analiza pokazala je sljedeće:

a) Kao polaznu točku našeg rada postavili smo pitanje granica u ispitivanju zakonitosti odluke naručitelja u žalbenom stadiju javnonabavnog postupka. Problem je nastao kao posljedica dijametralno suprotnih stajališta Državne komisije odnosno Upravnog suda RH. Ukratko, stajalište je Državne komisije da ne postoje granice ispitivanja žalbom osporene odluke naručitelja (uz minornu rezervu koju ne prakticira ni sama Državna komisija), dok suprotno tome Upravni sud RH smatra da se zakonitost odluke naručitelja ima ispitivati isključivo u granicama žalbenog zahtjeva. Dodatnu potenciju problema predstavlja okolnost da u tekstu ZOJN-a odnosno ZODK-a ne postoji nijedna norma koja je u potpunosti posvećena tom pitanju.

b) Ipak, odgovor na postavljeno pitanje moguće je iznaći primjenom i odgovarajućom interpretacijom ZUP-a. Ključnu važnost, u tom pogledu, imaju odredbe čl. 241. odnosno 244. ZUP-a. Polazeći od sadržaja rečenih normi, interpretacija koju zastupa Upravni sud RH potpuno je sukladna ZUP-u kao i shvaćanju doktrine upravnog prava. Istodobno, stajalište DK ne može se potkrijepiti jednakovrijednim argumentima pa je ono zakonski neutemeljeno, a to znači protuslovno ZUP-u kao mjerodavnom propisu. Svemu tome usprkos, DK inzistira na svom stajalištu, pa i po cijenu nepoštovanja odnosno izravne sadržajne suprotnosti pravomoćnim presudama Upravnog suda RH.

c) Na taj način, DK ne samo da ne rješava postojeće već generira nove probleme, što dodatno opterećuje realizaciju slova, smisla i svrhe jav-

nonabavnih postupaka. Naime, umjesto da se javnonabavni postupci vode i okončavaju zakonito i efikasno, oni se nepotrebno produžuju (poništanjem odluka naručitelja u cijelosti umjesto djelomično te vraćanjem postupaka na početak) te stvaraju povode za nove sudske sporove. Od potonjih je potrebno izdvojiti upravnosudske (u kojima će se pobijati rješenja DK-a donesena u suprotnosti s presudama Upravnog suda RH) odnosno civilne sporove (u kojima će glavno pitanje biti pitanje odgovornosti RH za štetu zbog nezakonitog rada DK-a). To zasigurno nije očekivani, a još manje prihvatljivi rezultat rada DK-a.

d) Uočeni problem, međutim, rješiv je pod uvjetom prihvaćanja supsidijarne i osobito smislene primjene ZUP-a u žalbenom stadiju javnonabavnog postupka. Još preciznije, ovovrsna primjena čl. 241, st. 1. ZUP-a pruža prigodu za normativnu transmisiju na temelju koje se u postupak javne nabave uvodi institut proglašavanja rješenja ništavim (čl. 267–268. ZUP-a). Uvođenjem tog instituta moguće je pomiriti suprotstavljena stajališta DK-a odnosno Upravnog suda RH. Naime, riječ je o institutu koji legalizira intervenciju instancijskog tijela i preko granica žalbenog zahtjeva, a to se opravdava postojanjem očitih i vrlo teških pogrešaka počinjenih u prethodnim postupovnim stadijima. Nadalje, i barem jednako važno, predloženi institut predstavlja skup jasnih i koherentnih normi, potvrđenih u upravnoj odnosno upravnosudskoj praksi, koje istodobno možemo shvatiti i kao kriterije za procjenu zakonitosti postupanja DK-a u žalbenom stadiju javnonabavnog postupka. Konačno, i najvažnije, institut proglašavanja rješenja ništavim podoban je za primjenu i u javnonabavnom postupku, čime se omogućuje takvo provođenje postupka javne nabave koje u znatno većoj mjeri nego sada odgovara zahtjevima zakonitosti, efikasnosti odnosno transparentnosti.

e) Međutim, sugerirano rješenje smatramo provizornim do odgovarajuće i nadasve potrebne zakonodavne novele. Stajalište o potrebi zakonodavne intervencije potvrđeno je makar i sumarnom analizom usporednog prava koja je pokazala da normativni pandani ZOJN-a sadržavaju izričite i nedvosmislene norme posvećene analiziranom pitanju. Štoviše, zabilježeni su i znaci povećane konvergencije u usporednom pravu; to se pitanje uređuje sve češće na način koji kombinira dispozitivno načelo (kao pravilo) s načelom oficijelnosti (kao iznimkom). Legislativne varijacije odnose se na stavljanje različitog normativnog naglaska na procjenu tijela nadležnog za provođenje instancijskog postupka.

f) *Summa summarum*, provedena analiza pokazuje da u području javne nabave u hrvatskom pravnom sustavu postoje izrazite normativne nedostatnosti, što je nedvojben znak postojanja potrebe za temeljitom zakonodavnom reformom. Skromno se nadamo da će naš rad ubrzati i pospješiti tu reformu.

BOUNDARIES OF CONTROLLING THE LEGALITY OF DECISION MADE BY THE PROCUREMENT INSTITUTION IN THE APPELLATE STAGE OF PUBLIC PROCUREMENT PROCEDURE

Summary

Legal area of public procurement does not tolerate unsolved procedural issues. Economic value and the importance of these procedures for the whole society call for their prompt and lawful solving.

One of the issues crystallised through the functioning of the State Commission for the Control of Public Procurement Procedures (State Commission) is the question whether there exist, and if so, where are the boundaries of controlling the decision of a procurement institution in the appellate stage of public procurement procedure? There is also the question which legal sources contain the norms that regulate these issues.

State Commission for the Control of Public Procurement Procedures and the Administrative Court of the Republic of Croatia have quite opposite viewpoints. State Commission believes that de facto there are no such boundaries (unfortunately, the Commission insists on such a viewpoint in spite of the judgements of the Administrative Court), whereas the Administrative Court bases its opposite opinion on the provisions of the Law on General Administrative Procedure and on the dominant opinions of administrative law doctrine. According to the Administrative Court, the Law on General Administrative Procedure is the very legal source that contains the norms whose implementation would solve the above mentioned legal issue. The solution is in the fact that a procurement institution's decision in the appellate stage of public procurement procedure must be controlled within the boundaries of the appeal filed by the appellant. Similar opinion is supported by

the mainstream of administrative law doctrine. This opinion is based on the appropriate interpretation and implementation of the provisions of the Law on General Administrative Procedure (as the subsidiary legal source), since in the Law on Public Procurement there are no legal norms that deal with the mentioned legal issue.

Notwithstanding the current normative situation in the Law on Public Procurement, which is the primarily relevant regulation, it is possible to reconcile the opposed viewpoints. In order to achieve that, it is necessary to apply the LGAP provisions on appellate stage appropriately. The institute of declaring the decisions null is an instrument that enables the State Commission to intervene over the boundaries of appeal in cases of the most striking violations of the Law on Public Procurement. However, the author believes this to be only temporary solution until new legal regulation is made, since the final resolve must be provided for in definite, unequivocal legal norms.

Comparative law confirms the existence of legal norms directly dealing with the boundaries of controlling the legality of a procurement institution's decision in appellate procedure. The patterns of legal regulation are repeated: the norms that combine the dispositif principle (as a rule) and the official principle (as an exception). There are differences regarding the space given to the decision of the responsible body during ex offio proceedings in the appellate stage of public procurement procedure. The normative choice of the Croatian legislator should be structured accordingly.

Key words: public procurement procedure, appellate stage, procurement institution's decision, Law on Public Procurement (LPP), Law on General Administrative Procedure (LGAP).